

正当防衛の歴史的考察

——違法阻却論研究・その一——

曾根 威彦

はしがき

一 ローマ法

二 ゲルマン法

(一) ゲルマン古代

(二) フランク時代

(三) 中世中・後期

三 継受および普通法

四 近代ドイツ刑法

(一) プロイセン一般ラント法

(二) バイエルン刑法

(三) プロイセン刑法

あとがき

正当防衛の歴史的考察

はしがき

違法性の実質をどのように把握するかについては、ほとんど各人各様な見解が披瀝されており、未だ定説をみるにいたっていない。しかし、現在の通説に従って、それを規範違反という点に求めるにせよ、法益侵害または危害が違法性の実質であると解するにせよ、違法性には、いろいろの種別があり、また軽重の段階があるということについてはほとんど異論をみない。

このように違法性が一義的には確定しえない相対的概念であるために、その裏面としての違法阻却の範囲、限界も不確定かつ流動的なものとならざるをえない。しかも、違法性の実質的に把握されねばならない以上、違法性を阻却するかどうかも、結局のところ、超法規的になされなければならず、ここに、超法規的違法阻却の理論、就中その事由の要件、範囲などが考察の対象となってくる。そして、そのためには違法阻却の一般的原理が明らかにされる必要がある。しかもこの原理は、違法性と違法阻却判断との間に間隙や重複を生じてはならないとする立場を固執する以上、ただちに実質的違法性判断の根拠に転用しうるものでなければならぬ。そこで、まず法定的違法阻却事由を手がかりとして、そこにかがわれる違法阻却原理を抽出し、これを普遍化することによって、違法阻却の一般的原理を確立し、違法阻却の範囲、限界を明らかにしていきたいと思う。

本稿はこのような意図の下に、その予備的研究として、法定的違法阻却事由の中でもっともポピュラーな正当防衛をとり上げ、それが何故、通常違法とされる行為を適法化するのか、その根拠をドイツ法を中心としてその歴史的

沿革をたどりつつ法制史的に把握せんとするものである。

(1) 違法阻却の範囲、限界を明らかにすることは、解釈論上、殊に公安・労働事件において国家刑罰権行使の拡大を抑制するという実践的課題にとって意味がある(現に、超法規的な違法阻却が問題とされた多くの事案は、官憲の行動に対する抵抗活動に関連している。たとえば、いわゆるボボロ事件、舞鶴事件など)のみならず、立法論としても、個々の違法阻却事由を検討することによって、違法阻却の類型化と体系化とを再編するのに役立つであろう。

一 ローマ法⁽¹⁾

一 初期ローマ刑法は、後にみるゲルマン古代刑法と本質的に相違せず、実定法化された自然法とでもいうべき性格のものであった。正当防衛に関して、その原権は人間に生来具わっている自然の法則そのものであり、これについてローマの法律家たちは、それが世の中のいかなる法においても拒まれ得ないものだということを素朴に信じていた。「法の本性は人間の本性から引出さるべし」としてストア的自然理性に基づく自然法を認めた、ローマ共和制末期の哲学者、キケロ(Cicero)は、正当防衛は「書かれた法ではなく、うまれた法である」⁽²⁾(*lex non scripta, sed nata*)としてこれを自然法的に把握した。帝制時代に入って二世紀の法学者ガイウス(Gaius)は、「危険に対して自己を防衛することは自然の理の認めるところである」⁽³⁾(*adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*)として正当防衛をさらに発展したかたちで許容した。下って三世紀前半の法学者であるパウルス(Paulus)は、「*vim vi defendere omnes leges*」⁽⁴⁾「暴力には暴力をもって防衛することは、あらゆる法の認めるところである」(vim vi defendere omnes leges

omniaque jura permittunt) という明確な表現がとられるに至った。

二 しかし、正当防衛をこのように自然法的に把握することは、何らその実定法化を妨げるものではなかった。もちろん古く建国当初は、ローマにおいても他の古代諸民族と同様、自力救済や私的復讐が盛んであったであろうと思われる。太古の時代には、異なる民族 (gens) 間の犯罪については氏族単位の血讐 (Blutache) が行なわれたということが一般に承認されている。⁽⁵⁾しかし、共和政が確立して国力も伸張しつつあった紀元前四、五世紀には、被害者は国家権力の介入を求めるべきことを原則として、自力救済や復讐は制限される方向にあった。その中であって正当防衛規定の原初的形態と目されるものが、紀元前五世紀の中葉に制定された十二銅表法の第八表第一二条および第一三条である。すなわち、

《第一二条》 もし、夜陰に窃盜がなされしときは、盗人を殺害するも、(その盗人は) 法により殺害されたるものたるべし

(12. si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto.)

《第一三条》 日のあるうちに……もし盗人自ら武器を用いて防衛するならば、……そのさいに大声を発すべし。

(13. luci……si se telo defendit,……endoque plorato.)

このように、強窃盗の現行犯人を殺傷することを適法とすることの中に、われわれは、古代ローマにおける正当防衛思想の萌芽をみることができる。

十二銅表法の不法行為に関する規定を補充改正するために、紀元前二八六年頃に制定されたアクィリア法⁽⁷⁾ (Lex

Aquila)によれば、防衛行為と復讐との区別はいっそう明確となり、また、防衛行為として免責される要件も厳格となった。ついで紀元前八一年頃の制定といわれるコルネリア法 (Lex Cornelia) は、

生命の危険に際して攻撃者または第三者を殺害した者は、それについて訴追されることはなく (is qui adgressorem vel quemcumque alium in dubio vitae descrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam meture debet.)

と規定した。

ところが、ローマ帝国末期になると公共の平穏が極度に衰微していった結果、防衛行為に対する嚴重な制限が緩和されることになり、生命の危険の有無にかかわらず、現行犯人の殺害が認められるようになった。⁽¹⁰⁾

三 以上みてきたように、ローマにおいても他の古代民族国家と同様、国家の生成、発展および衰退の変移に対応して正当防衛ないしそれを中に含む広義の自力救済にも、その広狭の範囲、要件の厳正さに変遷を示したのであるが、上述のように、全体を通して正当防衛が天賦の権利、人間の自然理性に基づく正当行為と考えられてきたことは否定しえないであろう。

しかし、それと同時に第二に、正当防衛を肯定する根拠として、古代人特有の復讐思想があげられる。ローマの国初においては、異なる民族間の犯罪については血讐の遺制が存在して、王権は唯それに規整を加えるに止った、という事態も想像するに難くないところであるとされているが、正当防衛の原初的形態を規定した十二銅表法の中にも復讐の思想が底流として存在する。すなわち、ひとり現行盗犯の被害者にのみ加害者を殺害する権利を認めていたこと

の理由の一つは、現行犯の場合には、報復への心理的衝動がもつとも直接的に現われるために、この面での復讐思想を拭い去ることにはなお強い感情的な抵抗が残っていたことにあるとされている。ただし、ここにいう復讐思想は、異った氏族間の犯罪に対する団体の権利としての血讐ではなく、より個人的色彩の強い自己保存本能に依拠するもの⁽¹²⁾と考えるべきであろう。

自己の生命・身体が危険にさらされたとき、とっさに働くのは自己維持の本能である。ローマ法が、基本的には正当防衛において防衛の対象となる利益を生命・身体に限り、これに対する暴力的侵害を反撃するための実力行使を是認したのみで、正当防衛の一般的概念を欠いていたことは右の事実と関連する⁽¹⁴⁾。

現行盗犯を殺害することを適法視する思想が自己保存本能によって支えられていることはウルピアヌスの註解によっても裏づけられる。すなわち、「ある者が生命の危険に対する恐怖から盗賊を殺害したときは、アクイリア法によって義務を負わせられないことは疑いがない⁽¹⁵⁾」と。つまり盗賊殺害については、客観的に生命に危険のあることが必要のではなく、主観的にその危険に対する恐怖さえあればよいのである。ここでは違法性が主観的に把握されており、いわゆる誤想防衛も適法なものとする点に違法性と責任との混同がみられるのであるが、そのことは、現在、自己維持の本能が他行為の期待可能性なしとの責任阻却事由であると考えられていることから容易に理解できる。

ローマ人が正当防衛を自己保存本能のあらわれと考えていたことは、コルネリア法の規定にみられるように、正当防衛と緊急避難とを概念的に区別しようとしなかったことから理解しうる。すなわち、生命に危険のある者は、自

己を救うために攻撃者を殺してもよい（正当防衛）、自己の生命に対する危険を免れるために第三者を殺しても（緊急避難）訴追されることはない。自己保存本能が緊急状態においてはじめて現実的行為として顕在化するものであるとするなら、攻撃者を殺害する正当防衛と第三者を殺害する緊急避難とは単にその上に発生した結果がたまたま客体を異にしたにすぎず、行為の本質的性格には何ら相違を来さないのである。

しかし、ローマ法においても自己保存本能の思想が正当防衛の隅々にまで浸透していたわけではない。この考え方のみによって正当防衛の正当性を説明しつくせるものであるならば、自己に向けられた攻撃に対してのみ防衛行為が認められなければならないはずである。しかるに学説彙纂によれば、正当防衛権が付与された場合には攻撃を受けた他人に援助を与えることも自己防衛と同様正当なものとしていた。⁽¹⁶⁾すなわち、攻撃を受けた者自身で防衛できない場合、たとえば子供の殺害を阻止することについても正当防衛の法理は拡張された。一般に特別の信頼関係において被害者を助ける地位にある者はその者に対しこれを救助する義務を負っている。兵士は士官に、⁽¹⁷⁾奴隸は主人に救助義務を負うのであり、また殊に婦人の貞操に対する侵害の場合、彼女の最近親者、たとえばその子供、両親、兄弟姉妹、⁽¹⁹⁾後見人も義務ある者とされた。したがって、以上の者はすべて、たとえ攻撃者を殺害したとしても、被害者による殺害の場合と同様刑罰を免れたのである。ここでわれわれは、さらに正当防衛を適法視する理由を自己保存本能の外に求めなければならないことになった。

四 この点に関しては、現代刑法学において違法阻却の一般的原理とされているものが考慮されなければならない。その一は、法益衡量の原理である。しかも、法益の衡量は、一方、正・不正という質的側面から、他方、いずれ

がより重大なる利益（優越的利益）かという量的観点からの考察を可能とする。

そこで、まず、正当防衛における違法阻却原理として前者に著目し、これをローマ法についてみてゆこう。既述のように、夜盗および持凶器窃盗において生命に危険があるとすると法律上の推定が設けられたのは、現行盗犯が不正な攻撃であるがゆえに、反対に正当な被攻撃者の利益を拡張して保護せんとしたためではなからうか。もし正対正の關係にあるとするなら、利益の比較衡量は嚴格になされなければならない筋合のものである。特に保護法益として生命が考慮されている場合にはその判断は慎重を要する。さて、十二銅表法においても、現行盗犯の殺害を法による（*legē*）殺害としてその適法なることを明言しているが、ユスティニアヌス帝法学提要第四卷三の二は、アクイリア法の責任を免れる場合に関する解説の中で、「不法に殺害するというのは、なんらの権利なくして殺害すること（をいう）」⁽²⁰⁾としている。そこでどのような場合に、加害行為があつたとしても加害の権利があるためにアクイリア法にいう責任が生じないかが問題となる。かかる場合として考えられるものに、政務官の職権行為、緊急状態、権利の行使と並んで正当防衛権の行使がある。学説彙纂9, 2, 52, 1に次のような事例がみられる。すなわち、一人の奴隷がある店の燈具を盗み去ろうとするに当り、店主がこれをつまようとして格闘し右の奴隷を傷害した場合には、店主は正当防衛権を行使したものであるからアクイリア法の責を負わないというものである。ここにわれわれはすでに正当防衛が権利行使の一場合として積極的にその適法性を基礎づけようとする思想を看取しうるのである。

法益衡量の観点において、正当防衛を適法なものとして機能せしめるもう一方の原理は、優越的利益保護の点に求められる。防衛の対象となる利益を生命・身体に限定したことは、緊急時における自己保存本能の実定法的あらわれ

であるが、そればかりでなくそれが他の自由、名誉、財産といった利益に比して価値が高いということも、これを防衛の対象として法の是認する理由の一つであろう。もし、不正な攻撃でありさえすればどのような攻撃に対しても利益を保護することが許されるとすれば、防衛の対象となる利益に限界を付するいわれはなかったはずである。もっとも、私有財産制度の保護につくしたローマ法が財産に対する防衛行為の正当性を認める傾向をとっていたことは否定しえないが、全面的にこれを制度化するには至っていない⁽²¹⁾。さらに、不法に対する防衛行為も殺人、暴行、器物損壊等、数種に限定されていた。しかもこれらの行為といえど、その許容されるか否かは防衛行為の向けられる不法の性格によって異なり、たとえば正当防衛のためにする殺人は、同じく正当防衛のための暴力の行使とは別個の制限を受けた⁽²²⁾。すなわち、攻撃者を殺害することの許される正当防衛は、生命を危殆に瀕せしめる攻撃、または貞操に対する攻撃に限られ、その他の場合は、暴力に対して暴力をもってすることが許されるのみであった⁽²³⁾。要するに、ローマ法においては「正対不正」の関係を普遍化し、絶対視することをせず、当該犯罪において各個の正当防衛事情、殊に利益の比較衡量が違法性を排除するものとして論ぜられたのであり、正当防衛の統一的概念はまだ一般的には存在しなかったのである。

自己のなんら甘受すべき義務のない不法の攻撃に対し、優越的利益保護のために反撃行為を行なった場合、常にただちに適法な正当防衛行為と認められたかというところからすればそうではない。そこで最後に、当該反撃行為を正当化するもう一つの要件を考えなければならない。すなわち、それは国家目的、ないし社会的相当性の観点である。ここでは反撃行為が国家的に承認された共同生活の目的達成のために相当な手段であることが要求される。具体的に

は、防衛行為の補充性という形をとってあらわれた。すでにみたパウルス⁽²⁴⁾の註解は「他の方法で自分を護ることができなかつた者が、〔他人に〕損害を与えても、責めを負わない」とし、法学提要第四卷三の二は、「他に危険を避ける手段のないような場合において、強窃盗犯人を路上で殺害してもなんらの責めを負わない」と説明している。すなわち、他の回避手段をとることができなかったということが消極的にはあるが防衛行為を正当化する要件として考慮されている。さらにウルピアヌスの註解では他の回避手段を逮捕に特定し、「これ（盗賊⁽²⁵⁾筆者註）を逮捕することができたにもかかわらず、殺害の方を選んだときには、むしろ違法にこれをしたものとみなされる」としている。たとえ生命に対する危険がある場合でも、盗犯防止、贓物奪還のための殺害は違法であるというのである。ここに逮捕することができたにもかかわらず盗賊を殺害した場合には、行為が正当な目的のためであっても手段の相当性を欠いたということと違法とされている。

(1) 本章の叙述については、主として次の文献を参考とした。Mommson, Römische Strafrecht, 1899, S. 620ff.

(2) Cicero pro Milon. c. 4. ガイフはキケロの言葉を引用して、「正当防衛の適法性と不可罰性とは基礎づけられる、右の普遍的な人間の本性に由来する感情はまた、正当防衛が元来どのような歴史をも持たなかったし、また持つことのできない理由である」(G. Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1862, S. 228)。

(3) Digesta (Digest), 9, 2, 4.

(4) Digest, 9, 2, 45, 4.

(5) 片岡輝夫「ローマ初期における刑法と国家権力——とくに刑罰権の所在と国家・社会の構造との具体的対応関係について——」法制史学会編『刑罰と国家権力』（昭和三五年）所収、三〇五頁以下。

- (6) 十二銅表法の原文および邦訳は、佐藤篤士「LEX XII TABULARUM——12表法原文、邦訳および解説——」(昭四四年)によっている。
- (7) アクイリア法に関する記述は、春木一郎「Lex Aquiliaニ付テ」土方教授在職二十五周年纪念私法論集(大正六年)一三〇頁以下によっている。
- (8) したがって、その後は侵害の急迫性ということも正当防衛の一要件とされ、如何なる事情があっても差迫った害悪に対してしか正当防衛は許されなくなった。完結せられた行為に対しては正当防衛は否定され、したがって復讐行為は可罰的となる(Dig. 9, 2, 45, 4. 43, 16, 3, 9.)。
- (9) Codex 9, 16, 2.
- (10) たとえば、三九一年には、辻強盗で捕えられた兵士又は私人を裁判所の有罪判決なしに斬り倒すことを各人に許可した勅令が発せられている(Codex Theodos. 9, 14, 2, Institutiones 3, 27, 1, Codex Justin 3, 27, 2.)。
- (11) 片岡、前掲三一〇頁。
- (12) 村井敏邦「過剰防衛の歴史的展開」一橋論叢第六一卷第六号(昭和四四年)四五頁。
- (13) ガイユルは、自然発生の理由という点で、一見同一の基盤に立つと思われる、自己保存という自然的衝動と天賦の権利との混同を蔽にいまじめている(A. Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, 1884, S. 81.)。
- (14) もっともキケロが「十二銅表法は日のあるうちに窃盗を——もし彼が自ら武器で防衛することがないならば——殺害することとを禁止する」と述べている。またもし、彼が武器を用いずかつ抵抗しなければ、汝は彼を殺害してはならない。」(Cicero, pro Tullio, 21, 50)と述べているように、生命に対する侵害はかなり広く解せられており、強窃盗の現行犯人を殺傷することも生命に対する危険を回避するものとして適法とされた。

- (15) Dig. 9, 2, 5.
- (16) Dig. 1, 1, 3.
- (17) Dig. 49, 16, 8, 9.
- (18) Dig. 29, 5, 1, 18.
- (19) Dig. 46, 8, 1, 4. Codex 9, 13, 1, 1.
- (20) ユスティニアヌス帝法学提要第四卷四の一は、総括的に不法、すなわち *iniuria* の意義を説明している。それによれば、*iniuria* には一般的な意義と特別な意義とがあり、一般的な意義としては *iniuria* は一切の違法の行為をいい、特別な意義においては三種の意義を有し、一は侮辱を意味し、二は過失 (*culpa*) を意味し、三は不公平 (*iniquitas*) を意味するとしている。そして、アクイリア法の不法行為の規定にみられる *damnum iniuriæ* の *iniuria* は特別な意義をもって *culpa* (過失) を意味するとする(春木、前掲一四九頁)。
- (21) 滝川幸辰「犯罪論序説」(昭和二四年)九一頁参照。
- (22) Mommsen, a. a. O. S. 78.
- (23) ゲルリウヌ (*Gellius*, 20, 1, 7) も「汝は、夜陰にまぎれて窃盜が行なわれたばあいはその盗人を殺害しても適法であるとしたことを、残酷な法律であると考えるであらう」とする。
- (24) Dig. 9, 2, 45, 4.
- (25) Dig. 9, 2, 5.

二 ゲルマン法

(一) ゲルマン古代

ゲルマン法においてもローマ法におけると同様、正当防衛は未だ復讐(Rache)ないし殺害権(Tötungsrecht)から分離されておらず、完全な法律的概念を構成するにはいたらなかった。⁽¹⁾

復讐がもっとも直接的な形で行なわれるのは現行犯人に対してであり、現行犯人逮捕の手續に関する議論の中にはわれわれに正当防衛権の近代的發達を思い出させるものが含まれている。復讐権が問題とされず、また現行犯逮捕の前提が与えられない限り、特に殺人の場合、正当防衛は今日の意味で適法に承認された防禦とは認められなかった。⁽²⁾ 犯人が犯行中に發見され、またはただちに追跡された場合において、被害者は「叫び声」(Gerufe)をあげ、この叫び声を聞いた者はすべてこれに應ずる義務があつた。とりわけ同一ジッペに属する仲間はそうであり、彼らは事実同時に隣人でもあつたのである。⁽³⁾

ゲルマンにおける復讐はほんらい、名誉を重んじたゲルマン社会において、平和破壊に対し、被害者のジッペが自らの名誉を回復するための自救行為として行なわれたのであつて、当時の道德的法的規範意識に基づく正当な行為であり、決して単なる本能的・反射的なものではなかった。制裁執行機關の未確立の社会においては、復讐は正當な法上の行為である。⁽⁴⁾ 復讐の一形態である現行犯殺害もこれを法的に是認された正当行為と解することができよう。すなわち、現行犯殺害は、殺害者ならびにジッペに加えられた名誉侵害に対し、破壊されたジッペの平和を回復するこ

とを目的とする自救行為と考えられるからである。被害者は現行犯人殺害後、緊急裁判所において復讐の正当性を明らかにする必要がある、この場合、シュライマンネン (Schreimannen. 叫び声を聞いて集ったひとびと) が宣誓補助者としての役割を務めた(死者に対する訴)。この手続は犯人のジッペからの反復讐を排除しようとする目的をもつものであるが、ここからも現行犯殺害が法内現象として実定法の枠内にあることは明らかである。⁽⁵⁾

このように、現行犯殺害がジッペに加えられた侮辱、平和破壊に対して、ジッペの栄光を回復するための自救行為ということになると、これをただちに現代的意味での正当防衛と結びつけて理解することは困難である。ただし、現代刑法理論において正当防衛は利益に対する侵害が差し迫っている場合になす自力救済であると説明されるが、自救行為は侵害が去り、ただその侵害された状態が継続している場合になす自力救済のみを指すからである。村井氏は、「古代ゲルマン社会における現行犯人の殺害の思想的根底が以上のようなものとすれば、これを当時における正当防衛思想の現われとして位置づけることは多少躊躇される。……あえて防衛という面を見るならば、ジッペという一つの社会集団の名誉の防衛として、これを位置づけることができるに過ぎないであろう」とされる。⁽⁷⁾ おもように同じく復讐ではあっても、犯行が「一夜を超えて」発見された場合におこなわれる組織的な復讐、すなわちフェーデ⁽⁸⁾と異なり、現行犯人を殺害する場合には、侵害が去った後の行為ばかりでなく、差し迫った侵害行為に対する反撃行為をも含むことが当然予想されるから、ここにいる自救行為は現在の「緊急的適法化事由」とその範囲を等しくすると解され(ただし緊急避難は含まぬであろう)、かかる広義の自救行為としての現行犯殺害の中に正当防衛を含めて考えることはなお可能であろう。

以上、現行犯殺害の正当性を復讐行為を通して被害者の側からみてきたのであるが、犯人の側にもその正当化根拠の基礎を求めることができる。すなわち攻撃者を傷害し、殺害する権利は元来現行犯人の平和喪失に由来している⁽⁹⁾のである。現行犯で捕えられた犯人は、自己の行為によりみずからを法の外に置いたわけであるから、かかるものとしてすべて殺されるにまかされた。個人は平和を享受することによって一般に人間としての神聖性・尊厳性 (Mannheiligkeit) を有しているが、不法(違法)に他人に害悪を加えた場合には、加害者は被害者の尊厳性を破壊したことによってこれを失い、人間としての尊厳性を有しないもの (unheiliger) となる。したがって、この者を殺害しても、何ら人間としての神聖性・尊厳性を侵害したことにはならないから、人はそれによって unheiliger となることはないのである。⁽¹⁰⁾ それゆえ被攻撃者には、侵害行為の重さいかんを問うことなく、防禦のみならず反撃および逃亡する相手方の追跡をも認められたのであった。⁽¹¹⁾ 悪行 (Missetat) はかかるものとしてみずからを平和の外に置くことによって、被害者の適法な敵対行動を根拠づけたのである。正当防禦に基づく殺害も本来、右の視点の下にあるといえよう。⁽¹²⁾ すなわち、正当防禦は、後にみるように、被攻撃者の殺害権の中から攻撃的性格のもの、事後的救済の性格を有する自救行為を排除して、その範囲を「防禦権」 (Verteidigungsrecht) に限定することによって成立してきたと考えられるが、⁽¹³⁾ 防禦行為が法的に正当な行為として許される主たる根拠は、まさに攻撃の違法性、不正な侵害に対する正当な利益保護にあると考えられるからである。

(1) v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S. 182.

(2) Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Aufl., 1951, S. 34.

- (3) Heinrich Mitteis, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1952, S. 20. 邦訳、世良晃志郎、ドイツ法制史概説（昭和四二年）四二—四三頁。
- (4) 明石三郎「ゲルマン法における自力救済——ドイツ民法の制定まで——」関西大学法学論集一〇巻五号（昭和三六年）九五頁。さらに、教授は、復讐が法内現象である根拠を、復讐が正当な限界を設けられたり、贖罪金で終結せしめられたり、そこで一つの秩序がある点に求められる。
- (5) H. Mitteis, a. a. O. S. 20. 世良訳、前掲四五頁。
- (6) 西原春夫、刑法総論講義案（昭和四五年）一五三頁。
- (7) 村井、前掲五三—五四頁。
- (8) H. Mitteis, a. a. O. S. 21. 世良訳、前掲四五頁。
- (9) His, Deutsches Strafrecht bis zur Karolina, 1967, S. 35.
- (10) E. Schmidt, a. a. O. S. 21f.
- (11) His, a. a. O. S. 35.
- (12) H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I, 2, Aufl., 1906, S. 223.
- (13) His, a. a. O. S. 35.

(二) フランク時代

一 現行犯人に対する復讐はゲルマン人の法感情に深く根をおろしており、これを行使しないことは自己の属する集団の尊敬を失う原因にもなるおそれがあったから、フランク時代の諸部族法は現行犯殺害を全面的に禁止するには

至らなかつた。したがって、一部の例外を除き、正当防衛と復讐とが概念的に区別されることもなかつた。復讐後の手続においても従来どおり、被害者は殺害行為の正当性を明らかにするため宣誓補助者とともに裁判所において宣誓する必要があつた。ここにも不文法時代の古代ゲルマンの法慣習が根強く残存しているのを見ることが出来る。

二 しかし、フランク時代に正当防衛の発達に関し何らの進展もみられなかつたわけではない。第一に、現行犯人をその場でただちに殺害することは、もはやいっさいの事件については許されないこととなつた。⁽²⁾ 現行犯人の即時殺害の許される場合が、窃盗・放火・姦通・住居侵入等に制限されることになつた。オランダの地に定住したフリーゼンの法典⁽³⁾ (Lex Frisionum 八〇二年) 第五の一は、「贖罪金なくして殺害され得る者について」として六つの場合を列挙しているが、現行犯殺害との関連で問題となるのはその第三の「他人の家へもぐり込もうとして掘つていた穴の中で発見された窃盗犯人」であり、その第四の「他人の家に火を放つ意図で、その家の中に火を持ち込み、家の屋根または壁に火をつけた者」である。フリーゼン法典とともに、ほとんどローマ法の影響を受けることなく、ゲルマン法古来の伝統をもっともよく維持したアングロ・サクソン法の⁽⁴⁾ ヴイヒトレアド法典 (Wiltredes domas Cant-wara cyninges) 第二十八章、イーネ王法典 (Instituciones Ine regis) 第二〇章は、その地方では見知らぬ者が正規の道を外れて藪の中を、叫声を挙げたり角笛を吹いたりせずに、忍んで進んで行くのを見付けた場合には、何人も彼を現行犯として殺害してよいとしている。

フランク族の主流を形成したザール・フランク族の部族法であるサリカ法典⁽⁵⁾ (Lex Salica) には、現行犯人殺害に関する直接的な規定はみられないが、サリカ法典の影響を受けたりブアリア法典⁽⁶⁾ になると、事後の手続の遵守を条件

として現行犯人の殺害を認めている。すなわち、

第七十七章 自己が攻撃を加えたる相手方により殺害せられたる人について⁽⁷⁾

誰か(甲)が自分の物に関し、又は妻に関し、又は女子(娘)に関し、又はこれと類似の理由により、他人(乙)を捕え、彼を縛らんと欲したるに、彼を縛ること能わずして、彼は彼(甲)の手より脱し、而して彼(甲)が彼(乙)を殺害したる場合には、……(中略)……彼は彼(乙)をば罪のため生命を失える者なるが故に (de vita forfactum) 殺害したる者を共誓すべし、……(以下略)……。

このようにいっさいの事件について復讐(現行犯人の殺害)が認められなくなった背景としては、前代に比べて国家権力が強化せられた結果、特定の犯罪を除いて私人の無制限の自力救済を認めなくても、その保護に欠くところがなく、また侵害せられたジッペの名誉も国家の事後的な介入によって回復されるようになったという事実が考えられる。復讐の目的は、相手方に害悪を加え苦痛を与えることなく、相手方に屈辱を与えることである、とゲルマン人は考えていた。⁽⁸⁾だから報復者の側の名誉を失墜させないで相手方に屈辱を与えることができれば、その手段方法は必ずしも復讐による必要はない。贖罪契約(Sühnevertrag)を結んで加害者側に贖罪のための給付を科することにより、加害者側に屈辱を与えることをもってたりる。強化されつつあった国家権力、殊にフランク国王がこの贖罪契約を利用して、復讐に伴う平和への脅威、人的物的の損害を避けようとしたことは容易に予想される。

以上の諸部族法典は国力の伸張に即したその内部的発展の結果として復讐の範囲に一定の枠を設けるに至ったのであるが、それに加えて、ローマ法の影響を受けたことにより一層復讐を厳格に解したのがランゴバルド部族法であ

る。イタリアの北部に定住したことから、ゲルマンの中でもっとも強くローマ法の影響を受けたランゴバルド人は、またすべてのゲルマン人の中でもっとも鋭い法律的理解力をもっていたとされて⁽⁹⁾いる。出発点をなすのは六四三年のロタリ王法典⁽¹⁰⁾(König Rotharis Edikt)であるが、それによれば、身体傷害や殺人については明文をもって復讐を禁止している。さらに、夜間の住居侵入現行犯の殺害、および奴隸が住居侵入の現行犯人である場合の殺害について、後述するごとく他の各部族法以上にその要件を厳格に定めている。しかし、一定の要件さえ充たせば、住居侵入の現行殺害に贖罪金⁽¹¹⁾が科されないという点で他のゲルマン法と異なるところはない。そこで問題は、ゲルマン法において原則として現行犯殺害が許されなくなったにもかかわらず、何故、住居侵入、ないしそれを伴う窃盜、放火、姦通の現行犯人を殺害する者が贖罪金の支払いを免れるのかという点である。

思うに、右の諸犯行は隠微に行なわれる点にその特色があるが、ゲルマン人は違法行為を密に行なうことを忌み嫌い、神を冒瀆する「恥行」(flagitia)として強く排斥した。そもそもゲルマン人の古来の法思想においては、密に行なわれる攻撃や加害行為は不名誉な心情の発露として忌嫌われたのであって、そういう行為を犯した者は破廉恥罪として特に重い刑罰に処せられた⁽¹²⁾。そこで、窃盜は強盜よりも重い罪であったと説かれている。放火についても、火を放つ行為は往々衆人の知るところとはならないと考えられるから、事情は窃盜の場合と同様である。したがって、このような宗教的報復感情に根差した現行犯殺害が予防自衛的制度として認められていたことは、ゲルマン法、特に、未だ素朴なゲルマン民族固有の伝統を維持していたフリーゼン法、アングロ・サクソン法においては、これを容易に理解することができる。したがって、逆に、一般に秘密殺人(morth)の場合は通常の殺害(Totschlag)の場合

よりも、宗教犯罪の故に、またその破廉恥の故に刑が加重されていたことから、一応許された現行犯殺害であつても、秘密殺人による場合は、その違法性は完全には阻却されなかったと思われる。現行犯殺害も公然となされなければならず、秘かに奸計を用いて行なわれた殺人は、その目的が正当であつたとしても、手段が不当であることを理由に違法とされた。

三 復讐を制限することによつて正当防衛が発展してきたことを示す第二の標識として、フランク時代の諸部族法典の中に看取されるのが、右に若干ふれた殺害の必要性の有無やその手段の相当性のメルクマールである。リプリア法典第七⁽¹³⁾章は、「他人を逮捕しようとしたが、逮捕できなくて、彼はその者の手をのがれ」たことが現行犯殺害の前提要件であるとし、ロタリ王法典第三章は現行犯人が「逮捕のために両手を差出すことをせずに殺されたときには」、殺害した者は賠償金を訴求されないと規定している。ここに、現行犯殺害の許されている犯罪群であつても、現行犯をただちに殺害することは認められず、通常は犯人を捕縛して緊急裁判所に連行するだけにとどめなくてはならなくなつたことがうかがわれる。他にとるべき方法がなかった場合にはじめて現行犯殺害が許されたことおよび他にとるべき方法として逮捕が考えられていたことは注目されるべきである。すなわち殺害は国家的に承認された共同生活の目的達成のために必須不可欠である場合にのみ適法視されると同時に、しからざる場合には逮捕こそがまさに右の目的達成のためにもっとも相当な手段であることが認識されるようになったといえよう。

対物防衛においてもロタリ王法典は、防衛行為の相当性、必要性の観点を容れて賠償の有無を決定している。すなわち、

第三三〇章⁽¹⁴⁾ もし誰かが、自己を防衛するために、他人の犬を殺害したる、即ち劍又は細棒又は〔其他〕何でもあ

る武器を手にもちて「殺害したる」ときは、その細棒自体が中位の大きさの劍程のものたることが明らかになる限り、「賠償は」彼に求められざるべし。されどもし彼がそれ自体の後を追いてそれを殺害したるときは、同様「のもの」を以て（即ち同じき「もの」を）返却すべし。

本章は前段において、防衛行為による侵害者（ここでは他人の犬）に対する加害の態様、手段が侵害の程度と相応することによって違法性が阻却されると明記し、後段は、過去の侵害に対しては防衛行為は成り立たず、当該行為は報復攻撃であつて違法であり、損害賠償の責に任ぜなければならないことを明示する。

現行犯人に対する復讐ないし防衛行為の相当性はまた、現行犯人による利益侵害の程度に従つて決定されなければならない。この点で参考となるのがロタリ王法典の窃盜に関する規定である。⁽¹⁵⁾ それによれば、大窃盜（盜品の価額十シリクァエ以上）現行犯の場合は、盜品の返還および窃盜の賠償金のほか、さらに八〇または四〇ソリドウスの身柄請房的性格の賠償金が付加され、この付加賠償金不払いのときは殺害を蒙る。この点窃盜現行犯の殺害は、大窃盜に関する限りは、無制限に認められることはなくなつたとしても未だ即時的殺害の許されていたことを知りうる。これに対して、小窃盜現行犯は非現行犯と同様に取扱われて特別の加重はしていない（二九一章）。したがつて、その犯人の逮捕は許されていたとしても、これを即時に殺害することは利益の均衡を失するものとしてもはや許されなくなつた。ここでもわれわれは、現行犯殺害から正当防衛への発展過程における一契機をみるのである。

四 以上みてきたように、復讐と防衛行為との區別は、特にランゴバルド部族法において顕著であるが、同法はす

でに条文の中でも「自己を防衛するため」(se defensandum)という文言を用いている。ロタリ王法典第二八〇章⁽¹⁶⁾は農民たちの暴動について規定し、「もし農民たち自身の誰かが殺害せられたるときは、彼を殺害せし者は、自己を防衛する又は自己の財産「たる」を主張するためにこれを為したるが故に「その賠償金を訴求せられざるべし」とする。さらに、ロタリ王法の改正法であるリウトブランド王の勅令⁽¹⁷⁾(*Edict des Luitprant Rex*)第二〇章⁽¹⁸⁾は、「もし誰か自由人が、自己を防衛するために、(他の)自由人を殺害した場合に、彼が自己を防衛するためにその人を殺害したことが証明されたときには……、彼は彼を賠償すべきである。」と規定している。もっとも、ここにいう「自己防衛」はそのままだちに正当防衛を意味するわけではなく、適法な自己防衛(正当防衛)にしてはじめて免責され(ロタリ王法典第二八〇章)、適法性の要件を一つでも欠く自己防衛は違法なものであるとして賠償を免ぜられなかったもの⁽¹⁹⁾とくである(リウトブランド王の勅令第二〇章)。

- (1) H. Mitteis, a. a. O. S. 61. 世良訳、前掲一三四頁。
- (2) H. Mitteis, a. a. O. S. 61. 世良訳、前掲一三四頁。
- (3) Germanenrechte, Text und Übersetzungen, Bd. 2, III, S. 62ff. 邦訳は、村井、前掲五五頁参照。
- (4) 林深山「アングロ・サクソン窃盜防止法の発展に於る国王と領主」法制史学会編『刑罰と国家權力』(昭和三五年)四一三頁。
- (5) Geffcken, Lex Salica, 1898. 久保正幡訳「サリカ法典」(昭和二四年)参照。
- (6) Germanenrechte, Bd. II, Die Gesetze des Karolingerreiches 714-911, I Salische und ribuarische Franken, herausgegeben von K. A. Eckhardt, 1934. 邦訳は久保正幡訳「リプアリア法典」(昭和一五年)による。

- (7) 久保訳、前掲一〇九頁によると、Peyré, *Lois des francs*, p. 377 のフランス語訳は「正当防衛の場合になされた殺人に『ごう』と意識している」。
- (8) E. Schmidt, a. a. O. S. 23ff.
- (9) H. Mitteis, a. a. O. S. 59. 世良訳、前掲一三〇頁。
- (10) F. Beyerle, *Die Gesetze der Langobarden*, 1947. 邦訳および解説は、埴浩訳、神戸法学雑誌七卷二号——八卷二号による。
- (11) この他自力的な制裁とみられるものとしては姦通の場合がある。この場合は、住居侵入にみられるような要件さえ要求されていない。すなわち、
第二章 もし誰かが彼の妻と他人が姦淫せるを見付けたるときは、それが自由人であれ奴隷であれ彼は彼等を共に殺害する力 (Potestas) をもつべし。さればもし彼が彼らを殺害したるときも、「彼に對し彼らの賠償金は」求められざるべし。
- (12) 林深山、前掲四〇三頁参照。
- (13) リブアリア法典の第四部(第七十七章は第四部に属する)は、サリカ法典に對して依存關係を有せず、むしろローマ文化の洗礼を強く受けたブルグンド部族法典の影響が看取される(久保訳、前掲五六頁)。「捕縛できるにもかかわらず、盜犯を殺害した者は違法とする」としたウルピアスの註解との近似性も右の事実と無關係ではあるまい。
- (14) 埴浩、前掲八卷一号一五五頁。
- (15) 埴浩、前掲八卷一号一一四頁参照。
- (16) 埴浩、前掲八卷一号一三三—四頁。
- (17) リウトブランド王附加勅令の邦訳は、埴浩「ランゴバルド部族法典附加勅令邦訳」神戸法学雑誌九卷四号以下による。

(18) 塙浩、前掲九卷四号六〇八頁。

(19) 塙浩、前掲一一卷一号一四〇頁参照。

(三) 中世中・後期⁽¹⁾

一 中世中期以降においても、復讐は人民法の見地からは、被害者およびそのジッペの権利として、なお合法的とみなされていた。しかし国家と教会とは以前にもまして決然とその克服に乗り出すに至った。⁽²⁾すでに一一五二年に發布されたフリードリッヒ一世のラント平和令(Landfriede)は、騎士の復讐をまったく禁止し、ただ「自己の生命を守るために殺傷したことを証明することのできた場合」に限って殺傷を許していたのである。ここに防衛の対象となる利益として生命だけが考えられていたとはいえ、復讐と防衛行為との区別がはっきりとつけられ始めたことは注目されなければならない。⁽³⁾

二 正当防衛が刑法において一般的に説かれるようになったのは中世後期のことである。正当防衛の概念およびその規定は一二世紀以降に出現した。法律文献、都市法および法書の中に正当防衛についての完成した詳細な叙述が現われている。しかし、これを通常一般の刑法理論の中に例外なく見つけ出すことはできない。⁽⁴⁾正当防衛(Notwehr)という語の最古の例としてはザクセンシュピーゲル(Sachsenspiegel)およびウィーン都市法(Wieners Stadrechtshbücher)がある。ザクセンシュピーゲル第二卷一四一条一項は、「ある人が急迫(nôc)によって他人を死に致した場合には、後に一定の手続を経ることによって斬首に処せられない旨を規定し、同卷六二条二項は、対物防衛に關し規定し、ある人が犬又はその他の獣を正当防衛で(notwering)殺した場合に、彼はそれについて不利益に課せら

れることはないとした。さらに、第三卷七八条六項は、正当防衛上(an notwere)人を傷害し又は死に致したるときは、正当防衛(not)が法律に従って証明されれば自分の信義を破ったことにはならないと規定し、同卷八四条三項は、自分の生命に関する正当防衛(notwerunge)に際して、自分が期待権を有している者を殺害し、しかもその正当防衛(not)が正当なる旨を証明した場合には、彼は自分の期待権を喪失したことにはならないとした。

下って、一二七五年のシュヴァーベンシュピーゲル⁽⁶⁾(Schwabenspiegel)は「正当な緊急防衛について」(Von der rechten notwer)詳細に規定し、また「街盗に対する正当防衛」(notwer des strazraubes)について論じている。すなわち、前者に関し第六三章は、「ある人(甲)が他人(乙)を襲い、……乙は逃げ得るだけ後に逃げた。そして何とかして甲から免れようと欲した。甲が乙を打つ。乙は甲に対して已むを得ずして逆に打返して防衛する。乙は甲を正当な緊急防衛で(in rechter notwer)で殺す」と規定し、続けて、乙が緊急防衛を立証する方途を論ずる。また、第一九四章は、街路で強窃盗に襲われた際に、自己の生命または財物を守るために犯人を打ち殺した場合を規定する。

三 中世の法律が正当防衛をどのようにみていたか、これを法効果の面からながめてみると、正当防衛は刑事罰を排除したばかりではなく、通常は民事上の不利益処分をも伴わなかったようである。第一に、正当防衛による殺人ないし傷害は一部の例外を除き決して刑事上の処罰を受けることはなかった。たいていの法源によれば、正当防衛行為は行為者にとっておよそ自己の権利毀損(Rechtsnachteil)の効果を伴わない⁽⁷⁾。なぜなら、正当防衛が成立するためには相手方の攻撃が不正なものでなければならぬが、法律はこれに対する反撃行為を正当なものとして許容するか

らである。「緊急時における」(in der Not) 防衛行為が不可罰となるためには、ザクセンシュビーゲルによれば常に、相手が平和を破壊し、そのため自己が防衛することを余儀なくさせられたという証明が為されねばならない。つまり、「正当防衛」の正当たる由縁は違法な(widerrechtlich) 平和破壊に対する防禦の中に存する。⁽⁸⁾ 正当防衛が、ドイツの見解に従えば、その初期の段階から完成の時期にいたるまで一般に「正当なこと」(Rech)として認められてきた⁽⁹⁾という立場は右の正当防衛観に立脚するものであらう。

しかし、ここで「正当」といい、「違法」というも、その判断は、民事・刑事それぞれの場面において個別的に独立して行なわれた。たとえば、前記ザクセンシュビーゲル二巻一四条によれば、殺害者が打殺された者を裁判所の面前に引き出し、死者に対して訴を提起する場合にのみ、正当防衛による殺人は不可罰となった。しからざる場合には、殺害の事実をただちに通告した殺害者はたしかに刑事罰を免れるのであるが、人命金(Wergeld)および贖罪金(Wete)を支払わなければならない。⁽¹⁰⁾ ここでわれわれは事後の手續に欠陥がある場合にせよ、刑事上は不利益処分を受けない行為者が民事上の賠償責任まで免れるものではないという違法二元論に遭遇するのである。さらにこの点は、正当防衛に関し、罰金のみを必要とし損害賠償を必要としない法源をみることによって明らかとなる。すなわち、攻撃者は自己に対する侵害自体に責を負い、それに対しいかなる賠償をも請求しえないが、しかし正当防衛行為は、まさに公共の秩序を破壊するがゆえに刑罰を要求する。ここでは、平和破壊者を殺害することは何ら公共の平和を破壊することにはならないという思想が、結果責任を嚴格に貫くことによって背後に押しやられている。⁽¹¹⁾ 法はここで、防衛行為の対象である攻撃者に対する関係と、社会、殊に都市に対する関係とでその取扱いを異にしている。先

のグループの法源とは正反対の結論を示しているが、適法・違法判断を個別的にみる、違法概念の相対的把握という点で軌を一にする。公共の秩序破壊と個人的利益の侵害とはそれぞれ別個の観点から判断すべしとするのである。

四 さて、例外を伴うにせよ、中世中・後期の法源が正当防衛を復讐、就中現行犯殺害から区別してこれを積極的に適法視したのは、それが法の任務たる諸利益の保護に資すると考えたからであろう。正当防衛における防衛の対象となる利益としては、ラント平和令、ザクセンシュピール第三卷八四条三項にみられるごとく、通常、生命および身体が認められていた⁽¹²⁾。また、ラント平和令およびシュヴァーベンシュピールにみられるように、財産防衛のための正当防衛もたびたび認められている。名誉の保護のための正当防衛はまれにしか現われておらず、制限された範囲内においてのみみることができる。一五世紀のシュヴァーベン都市法は、侮辱に対する正当防衛を規定しているが、その他の法源はこのような場合およそ正当防衛について論じておらず、侮辱は *Anlaß* として考慮に入れているにすぎない。ここに、原則として生命・身体が防衛の対象となる保護法益として認められ、財産・名誉は程度の差こそあれ例外的に保護の対象となり、その他の利益については、住居ないし庭園の平穏がゲルマンの伝統に従い保護の対象とされた以外正当防衛が認められなかったということは、比較的重大な利益を保護するためにのみ攻撃者に反撃することが許されるところとする法益較量の原理が働いていたものと思われる。財産防衛についてもそれが強窃盗の現行犯人殺害との関連で規定されてあるところよりすれば、一般にこれが生命に対する危険を伴うものであるからだし、名誉防衛についてはミュンヘン都市法書 (*Münchener Stadtrechtbuch*) がこれを認めているようにみえるが、詳細に検討してみると、ここでも生命および身体に対する攻撃が要件とされていることが明らかとなる。⁽¹³⁾

しかし、法益の大小輕重は必ずしも明白に決定し得られるものではないので、法益較量の原則は同時に他の考慮せらるべき標準ないし要件と一体的に論定せられねばならない。⁽¹⁶⁾ ザクセンシュピーゲル第三卷四八条は、自分の家畜をかまれたときに、「(そうする)外には、防禦し得なかつた旨を聖物をかけて誓ったときには」、その犬を不具にし、または殺害した者も罰金を支払わなくてもよい旨を規定し、さらに、シュヴァーベンシュピーゲル第三章は、自己の生命の保全のために他の方法により得るとき、殊に容易に逃避しうることにかかわらず、その方法によらないで防衛行為を為したとき、常に、ただちに正当防衛を認めることができないう旨規定する。ここでは殺害行為が「已むを得なかつた」こと、つまり「防衛行為の必要性」が正当防衛の成立要件とされている。⁽¹⁷⁾ また、侮辱に対する正当防衛を認めたシュヴァーベン都市法も、言葉による反撃行為のみが許されるとして、行為の「相当性」を正当防衛成立のための要件としている。⁽¹⁸⁾ ここに「必要性」といい、「相当性」というも、それは、具体的な場合の全事情を考慮して行為が「正当な目的のための相当な手段」かどうかの判断における重要なメルクマールであり、単に、法益較量の観点のみによつては違法性の阻却を決し得べきでないことが自覺されてきていることのあらわれといえよう。とくに、個人的法益、殊に生命・身体の侵害と社会的法益、すなわち公共の平和・秩序の侵害とをそれぞれ別個に違法と評価する違法性二元論にあつては、問題は錯綜する。前者にのみ著目するならば、防衛がどのような手段を用いて行なわれようと、また他に執るべき方法があろうとも、法益の均衡さえ逸脱しなければすべて適法なはずである。これに対して、公共の秩序を破壊することだけが違法だとする立場に立てば、およそ正当防衛という觀念が成立する余地はない。けれど、正当防衛行為といえど、他人の利益を侵害する以上、社会の平和は必然的に破壊されざるを得ないからである。

前述の違法観に立脚する中世の諸法源はまさに右のディレンマに陥る要因を内蔵していたといつてよい。その意味で、防衛行為の相当性・必要性の要件は、正当防衛において、個人的法益と社会的法益とを比較衡量する調整原理として機能していったのである。

法益較量の原則は、必要性ないし相当性の考慮の他に、行為者がそのような行為に出でざるを得なかった事情、すなわち「行為者の緊急状況」をも同時に考量することを要請する⁽¹⁹⁾。それは、正当防衛においては「侵害の現在性」の要件として現われる。この点をあきらかにするためには、ザクセンシュピール第二卷一四條、同第三卷七八條六項、同八四條三項の *Not* が考察の対象とされなければならない。ケラーは類似の内容を持つ他の条文を引くことによつて、*Not* の意味を次のように解する。すなわち「自己の利益を保護するために、他人の利益領域に侵害的にかかわることを人をして（主観的または客観的に）余儀なくさせる状況」を意味するとする⁽²⁰⁾。さらに、彼は、かかる緊急状況の具体的あらわれとして第一卷六四條⁽²¹⁾（違法行為に際して殺害せられたる死者は、如何にして服罪せしめらるるか）を挙げ、その中には、正当防衛、正当防衛に対する正当防衛⁽²²⁾、ただちに為される報復、倒れている攻撃者が慈悲を乞うた後の殺害がこれに含まれるとしている。ここに、主観的に侵害せざるを得なくなる状況がありさえすればよいということから、客観的に他に執るべき方法がなかったという「補充の原則」とともに、緊急状況における自己保存本能といった非合理的な側面も正当化根拠の一つとして合わせ顧慮されていたのであろう。さらに第一卷六四條や、第二卷六九條にみられるように、今日では過剰防衛の概念に入る行為が正当防衛として考えられていたことは、右の事実と合わせて、それが厳密な意味で違法性を阻却するものではなく、現在にいう責任阻却事由でもあったことがうかがわれる⁽²³⁾。

- (1) ミッタインスの時代区分によれば、ほぼ九〇〇年から一五〇〇年頃までが「中世」であり、一二五〇年頃を境にして中世はさらに帝制時代の中世盛期とヨーロッパにおける国家形成の時代である中世後期とに二分される (H. Mitteis, a. a. O. S. 4f. 世良訳、前掲七一八頁)。
 - (2) H. Mitteis, a. a. O. S. 143. 世良訳、前掲三二三頁。
 - (3) E. Schmidt, a. a. O. S. 45ff. 村井、前掲五九頁参照。
- しかし、その他のラント平和令は、復讐の禁止ではなく、その制限を目的としているにすぎなかった。何故ならば、自救行為の必要がないほど完備した裁判制度が存在しない以上「復讐を認めざるをえないからである (E. Schmidt, a. a. O. S. 48ff)。
- (4) v. Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 182.
 - (5) K. A. Eckhardt, Sachsenspiegel, 1933, Hildebrand, Der Sachsenspiegel (Landrecht), nach der ältesten Leipziger Handschrift, 6. Aufl., 邦訳は「金沢理康訳「ザクセン・シュピーゲル (ラントヘーヒト)」早稲田法学別冊第八巻による。
 - (6) Gengler, Das Schwabenspiegels Landrechtbuch, zum Gebrauche bei akademischen Vorträgen mit einem Wörterbuche, 1875. 邦訳は「田中周友外訳「法と政治八巻二号」以下による。
 - (7) His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Erster Teil: Die Verbrechen und ihre Folgen im allgemeinen, S. 200.
 - (8) Keller, Der Beweis der Notwehr, eine rechtshistorische Studie aus dem Sachsenspiegel, v. Lili. Heft 57, 1904, S. 7. ケラーは「ザクセンシュピーゲルに現われている notwere, notwerunge の概念規定を「つひに」「正当防衛とは、自己またはある者が論理的に義務を負っている第三者の生命または財産を保護するための違法な攻撃に対する防衛であると考えられる」とする。

(6) Keller, a. a. O. S. 9. ケスターリン (C. R. Köstlin, System des deutschen Strafrechts, Bd. I, 1855, S. 77) は「メイン法はローマ法との融合 (あるいは「フナイエルバッハ」) にいたるまで、正当防衛を、侵害それ自体は不適法であり、ただ、衡平 (Billigkeitsgrund) によつてのみ不可罰とされる緊急状態の場合として取扱つてきたとする主張が最近 (一九世紀中葉) なされるにいたつたという。しかし、彼はこの主張の証明はまったく失敗であつたとしている。

(10) His, a. a. O. S. 200. ヒスによれば「サタセンシビバールの範囲外のより新しい法源——多分、法書 (Rechtsbuch) の不当な解釈の結果——は、殺害者をあらゆる場合に人命金及び贖罪金の責に任ぜしめてゐる」とする。

(11) His, a. a. O. S. 203, 204. ヒスによれば「この種の法源は一般に郡市法である。しかし、法源の中には、攻撃者は彼自身が負っている罰金の他に、相手方の罰金をも支払わなければならないとするものもある。すなわち、刑罰を責任なき (schuldlos) 被攻撃者に科することは不当と考えられるが、所為が刑罰を要求するため有責な (schuldig) 攻撃者がそれを担うのである。

(12) His, a. a. O. S. 197, Reichsfl. 1152 § 1 Constit. 1 No. 140. Der Verteidiger handelt vitam suam defendendo.

(13) Reichsfl. 1152 § 13 Constit. 1 No. 40. 「旅行商人は追剥から自己を防衛するために刀を携帯することが許される。」

(14) His, a. a. O. S. 198. Anm. 6. Isny. § 243 (1436) Oberschwäb. Stadtr. 1, 215: das sölich red notwer sol haissen, doch nit anders denn allein red gen red.

(15) His, a. a. O. S. 198. Anm. 5. Münchn. Stadtr. c. 125: Der Angeklagte beweist, daß der Gegner in angelauten haben und in benöit hab seines leibs und seiner ern, e daz er sein swertie gezeichnet.

(16) 八木峠「超法規的違法阻却事由」刑事法学の基本問題(上)三〇九頁。

(17) 村井、前掲六二頁は「ここにおいても即座の報復行為が原則とされていると思われるとする。

(18) 注(15)参照。

(19) 八木、前掲三一、三一二頁。

(20) Keller, a. a. O. S. 6f.

(21) 同条は、「同様にして死者は又、窃盜に際し又は類似のことに際して殺害せられたる場合に、服罪せしめらるべきである」と規定する。ここに殺害された現行盜犯が有罪となる反面、これを殺害することを適法視するゲルマン法の伝統が根強く生き続けていることが看取される。

(22) 村井、前掲六七頁注(41)は、正当防衛に対する防衛行為まで含まれているという点については賛同できない、とするが、これは氏が not をもつて行為をただちに正当化する要素と解したためだと思われる。しかし、第三卷八四条三項にみられるごとく、not は正当防衛を成立せしめるための一要件にすぎず、正当防衛に対する防衛行為については not の要件は充たすが、防衛行為全体としては不適法だと解する余地があるのではなからうか。

(23) 村井、前掲六一頁参照。

三 継受および普通法

一 一二世紀以降のイタリアでは、ローマ法の注釈がさかんに行なわれるようになったが、そのような注釈を付されたローマ法は、一四世紀ごろから次第にドイツに継受された。刑法および刑事訴訟法の領域においては、継受はローマ法の影響を受けた法律の制定という形で進められ、まず各ラント法 (Partikulargesetz, たとえば一四九八年のウォルムス改革都市法典 (Wormser Reformation)) の発達を促した。しかし、やがて包括的な帝国立法の気運がみなぎり、一五〇七年にはバンベルク司教領の刑事裁判令としてシュヴァルツエンベルク (J. F. zu Schwarzenberg

und Hohenlandsberg, 1463-1528) 起草による「バンベルク刑事裁判令 (Bambergische Halsgerichtsordnung)」の成立をみ、ついで一五三二年には、右裁判令を基礎とする「カール五世の刑事裁判令 (Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532)」⁽¹⁾、いわゆるカロリナ法典 (C.C.C.) の完成をみたのである。このカロリナ法典は一八世紀にいたるまでドイツ刑法の基礎をなし、絶対主義的な性格の強いドイツ普通法時代を生み出した。⁽¹⁾

バンベルク刑事裁判令とカロリナ法典との間には、ラント立法と帝国立法という点などに相違はあるが、個々の条文の内容、表現、文言、配列の類似には驚くべきものがあり、まさに、カロリナ法典はバンベルク刑事裁判令の帝國的改訂版ともいいうるとされてる。⁽²⁾ 正当防衛の規定に言うならば、バンベルク刑事裁判令第一六八条⁽³⁾（「ある者が、危険ならざる物をもって殴打せらるるか擯まるるかし、このために殺人を犯したるも、自らに正当防衛を用いむと考うるときは。」）に相当する規定がカロリナ法典⁽⁴⁾にないことを除けば、さ細な文言の相違を別として、まったく同一の規定であるといつてよい。したがって、以下にカロリナ法典を基礎として継受・普通法時代の正当防衛の規定をみてゆくことにしよう。

二 カロリナ法典は第一三九条から第一四四条にわたり、謀殺および故殺に関連して正当防衛の理論を非常に詳細に論じている。この法典において人を殺すことが正当防衛として許されたのは、生命・身体に対する侵害を免れるために行なわれる場合のみであつて、第一三九条は、「自己の身体および生命の救済のための適法なる正当防衛による殺人」は免責を受くると明言している。ついで第一四〇条は適法な正当防衛の概念を次のように鋭く規定する。

「第一四〇条」 さらに、ある者がある殺人の武器または武器をもつて襲い、攻撃し、または打ちかけ、強いられた

る人が、その者の身体、生命、名誉および良き風聞を危険におくことも毀損することとなしに巧妙に回避するをえざるときは、彼は、適法なる自衛 (*eyen rechte gegenweer*) によりて彼の身体および生命は救うをえて、このさやかなる刑罰をも蒙ることなし。しかし、彼が、強いたる者を殺害する場合は、彼はこれに関し何らの責なく、また、彼には、彼の自衛をなすを、彼が打たるるまで待ち置くべき責務もなし。

さらに、第一四一——一四四条は正当防衛の立証方法を詳細に規定したほか、名誉や婦人の貞操を防衛するために正当防衛を行ない得るかの問題を掲げた。しかし、個人の直接行動にほかならない正当防衛が国家全能の思想と一致しないという理由から正当防衛を制限する傾向が強く、その制限はもつとも疑われていた財産防衛について嚴重に要求されることになった。⁽⁵⁾

以上のように、正当防衛による防衛の対象として明示的に掲げられているのは生命および身体であるが、それは、当時においてもなお、正当防衛が殺害の結果を招来する限りにおいてのみ、つまり殺人と結びつけてのみ顧慮されていたからである。カロリナ法典はその他の権利を防禦の対象とすることにまったく関心がなかったわけではないが、名誉その他の権利については、これが攻撃者を殺害することによって保護せられるべき性質の利益でないこと、および生命・身体を保護することに伴い必然的に保護される結果となることからとりたてて規定する必要性を感じなかったであろう。⁽⁶⁾しかし、カロリナ法典第一四三条は目撃者が存しない場合の立証方法に関する規定の中で、他の要件とともに、「何れの当事者が、その行為が行なわれた地にて相手を打ち殺しまたは強うべき信条、原因、動機、利益または有用性を発生し終りたるその事件よりして一層多く有しうべきやが、吟味せらるべし。」と述べている。ここ

に、利益の比較衡量が正当防衛の適法性を認定する際の重要な資料であることを明文をもって規定したことは、事情によつては、生命・身体以外の法益も防衛の対象となることを暗に認めたものであり、注目に値する。しかるに、法益の比較衡量は、補充の原則や、そのような行為に出でざるを得なかつた事情といった要素とあいまって正当防衛を適法化しうるものであるからして、次に、この点をカローリナ法典の規定に則してみてゆくことにしよう。

三 法典は、正当防衛の定義規定である第一四〇条で、「その者の身体、生命、名誉および良き風聞を危険におくことも毀損することとなしに巧妙に回避するをえざるときは」正当防衛が認められるとして、そのような行為に出でざるを得なかつた事情を明言している。ここに、防衛行為の必要性が正当防衛の要件とされると同時に、攻撃の回避が名誉を侵害することになる場合は正当防衛が許されることによって、名誉等の権利もまた法の保護する利益の一に数えられている。⁽⁷⁾ もっとも、国家は侵害せられた名誉を法によつて回復することが可能であるから、たんに名誉そのものが攻撃の客体とされている場合には、正当防衛は認められ⁽⁸⁾ないとされる。財産防衛に関し直接、正面からこれを扱つた規定がないのも右と同趣旨であらう。すなわち、回復可能な、あるいは代償可能な権利の喪失によつて攻撃を避けようとする場合には被攻撃者は一時的な権利の喪失を甘受し、その回復は国家によつてはかれねばならないという思想が背後に存すると思われる。もっとも、攻撃および防禦によつて危険を招来せられた権利が相互にまったく同一である必要はないであらう。

正当防衛権を行使せずには権利の喪失を避けることができず、あるいはそれに対する損害補償を確保することが不可能である場合に初めて正当防衛が許されるとする思想は、被攻撃者が逃げることによつて救われるなら、彼は攻撃

者に害悪を加えるべきではないという結論を導き出す。また、予期しうる攻撃に対しても、国家の救助が可能であるからという理由で正当防衛は認められない。⁽⁹⁾さらに、正当防衛において、原告人が証人として立証すべき時期と方法を規定した第一四二条は、「被害者は最初の必要事をなし終えたるのち逃げたるにもかかわらず、この者を故殺者が、自由なる意思より、かつ、不要なることにも、追跡し、しかし、まずもってその者を追えるうちに打ち殺した」場合には、原告人は、故殺者が適法なる免責せらるべき正当防衛をなしたのではないと言いうとする。したがって、必要の程度を超え、攻撃者が攻撃を放棄して逃走し、あるいは克服せられた後加えられる暴力はいずれも復讐であって正当防衛ではない。

このように、防衛の程度は必要の限度にとどめるべきであるとし、補充の原則を嚴格に適用して正当防衛に明確な限界を与えることになった背景としては、カール五世の治世下、危難の際には十分な安全を期待させるとともに、違法に正当防衛を挑発した者の事後的な処罰に対しても、十分な保障を示しうる公的な処罰の体系を完備した国家権力の存在⁽¹⁰⁾を無視することができないであろう。

四 上に述べた防衛行為の必要性という点に関しては、ドイツ法とイタリア法とは同一歩調をとっているが、防衛行為の相当性という点において両者は相違を示しているとされる。⁽¹¹⁾すなわち、ドイツ法は正当防衛を行ないうる状態にある者は敵対者の殺害を含むあらゆる必要な防禦を行ないうると一般的に規定するのに対し、イタリア法は攻撃と防禦間の釣合に関して詳細に論じている。行使せられる強制⁽¹²⁾(Zwang)は、攻撃者の克服のために必要以上の大きさであってはならず、攻撃の大きさに比例しなければならない。そこで、シュヴァルツェンベルクがローマ法とドイ

ツ法との綜合を企図したバルベルク刑事裁判令を母体として出来上ったカロリナ法典をみると、そこに防衛行為の相当性に関する二、三の要件が看取される。カロリナ法典のまさに継受法たるゆえんである。

法典第一四二条は、故殺者が適法な正当防衛を為したのではない一例として、「かの者は被殺害者に比し、その者が彼を打ち殺したときには、はるかに力ありて、かかる要なかりき」場合を挙げている。ここでは、彼我の力の均衡が正当防衛を適法たらしめる一条件を為している。防衛行為自体ではなく、それ以前の段階が問題となっている点からすれば、防衛行為の必要性に関する問題であるとも言いえようが、そのことがひいては当該行為の相当性を基礎づけるものである以上、強いて両者を分ける実益は乏しい。この力の均衡という視点は、そもそも婦女に対して正当防衛をなしうるかという問題に連なる。法典第一四四条は、かなり冗長な言廻しで、婦女に対しても正当防衛が可能だと説明している。⁽¹³⁾ けだし、「ある恐ろしき婦女が、ある弱き男を正当防衛に追いやりうること」があるからであるとする。

さらに、法典第一四〇条は、攻撃者が致命傷を与えるに足る武器を持っていることを正当防衛を適法たらしめるための一要件としている。⁽¹⁴⁾ そして、バルベルク刑事裁判令第一六八条は、「ある者が何びとかを、生命の危険の存せざるある物をもって、攻撃しまたは殴打することあり。例えば、ある者が、ある人を一手をもって生命にはとくに危険ならざる打ち方にて殴打するか、またはその人の頭髮を引張るかのごとし。しかし、かく殴打せられまたは引張られたる人がその者を短刀にて刺したるときは、この人は、彼を刑事刑よりあるいは民事刑より免責すべきこととなる正当防衛をなしたることを主張しえず。」とする。もっとも攻撃者が武器を使用することが必ずしも絶対の条件と

なっているわけではない。すなわち、「強者が弱者をきわめて危険にも拳をもって強く殴打し、手心を加えむとせず、これによりて弱者が確たる事由より、彼をその者が殴り殺すにあらずやと虞れうるほどのものたりて、しかして、彼が武器の使用によりてその強いし者を殺害し、しかも、かかる危険なる必要惹起を完全に立証しうる場合には、彼はこれによりて正当防衛に価いするものとして免責」される。ここでも、攻撃者と被攻撃者との力関係が正当防衛の適法性を判断するメルクマールであることを承認すると同時に、それは単に武器を有していたか否かの形式的基準によるものではなく、行為時における全体的事情を考慮した上での実質的判断であることがうかがわれる。⁽¹³⁾このように防衛行為の相当性、正当防衛の適法性の判断が実質的相対的なものであることは、バンベルク刑事裁判令も知っており、「この例より、人は、他の同類の諸場合をもよく理解しうべく、しかして、それらの状況に応じて判決するをうべし」とする。

防衛行為が過剰にわたった場合、これが故意に為されたか否かが問題となる。故意の場合、行なわれた侵害は原則に従い一般に有責と評価され、故意でない場合は被攻撃者は興奮状態にあったことを抗弁としうる。防衛の過剰が悪意 (*böse Absicht*) を伴うことなく、狼狽、恐怖または驚愕による偶然的過失が免除される場合には、行為者は責を帰されない。けだし、正当防衛は一般に法定の前提の下において単に免責すべきものであるばかりでなく、積極的にそれ自体適法なものとして評価しうるからである。そこで、最後に、正当防衛の正当たるゆえんを正面から取上げてその根拠をみてゆくことにしよう。

五 正当防衛がカロリナ法典においてはじめて統一的な法制度として形成される第一歩を踏み出したのは、当該概

念が自己防衛の思想と侵害者に対する権利の実行の思想との融合として構成されることになったためである。ここにいう権利の実行とは、不法が行なわれた際に、不法の無価値性を明らかにするために起こう権利の実現行為の意味であり、攻撃が不法に為されることが正当防衛を可能にする不可欠の前提である。けだし、防禦(Widerstand)の適法性はまさに攻撃の不法に依拠しているといえるからである。したがって、適法な攻撃に対しては正当防衛はありえない。法典第一四二条はこの点につき規定し、被害者が「提示せられたる明白なる攻撃または必要惹起につき」、「これがなされるに至りたる」適法なる事由をすでに有している場合には、殺害者は適法な免責せらるべき正当防衛をなしたことはないとする。⁽¹⁶⁾反対に、不法な攻撃に対する正当防衛が可罰的行為の単なる免責事由と考えられるべきでなく、重罪および軽罪それ自体の存在を排除する適法な行為として提示されることは、次のシュヴァルツエンベルクの言葉からも明らかであろう。いわく、「正当防衛における殺人は、実刑の法(das peinliche Recht)から解放されるだけではない。賠償金の支払いからも解放される⁽¹⁷⁾」と。

六 カロリナ法典は防衛の対象を原則として生命・身体に限定していたが、その後、ドイツ普通法は正当防衛の許容範囲を、次第に他の法益にまで拡張し、自由、貞操および名誉に対する攻撃が生命または健康に対して向けられたと同様に十分考慮されている。財産に対しても最大限度の防禦が許されることになった。正当防衛の対象となる利益が回復不能であるか否か、人にかかわるものか、あるいは財産に関するものであるかはこれを問わないのである。他方、正当防衛の個々の概念要素の厳密な確定がこころみられると同時に、次の三個の要件が明瞭に指摘されてきた。正当防衛が成立するためには第一に、違法かつ予想しえない(iniuste et eximprovisio)攻撃が存在すること、第二に

に、現在の危険 (periculum praesens) 第三に、防衛の必要性が要求されることとなった。ここに、正当防衛は、殺人罪の免責事由としての地位から、あらゆる種類の違法な攻撃に対する自己防衛一般を意味する抽象的概念として構成される足がかりをうるようになった。

(1) 以上の論述は、西原春夫「ドイツ刑法」体系刑法事典(昭和四一年)二八頁、および v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I, 1925, S. 159ff. にあった。

(2) 堀浩「ベンネルク刑事裁判令 (ベンネルゲンシス)」『神戸法学雑誌第一九卷第一・二合併号(一九六九年)二二九頁。

(3) Die Carolina und ihre Vorgängerinnen, Text, Erläuterung, Geschichte, II (Die Bambergische Halsgerichtsordnung), Kritisch herausgegeben von J. Kohler und W. Scheel, 1902, Halle a. S. 邦訳は、堀浩訳「ベンネルゲンシス刑事裁判令 (ベンネルゲンシス)」『神戸法学雑誌第二一巻第一・二号一〇頁以下にあった。

(4) Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), Herausgegeben und erläutert von Dr. Gustav Radbruch, 1960. 邦訳は、堀浩訳「カルル五世刑事裁判令 (カロリナ)」『神戸法学雑誌第一八卷第二号(一九六八年)二六五頁以下にあった。

(5) 滝川、前掲九一頁参照。

(6) Titmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, 1798, Bd. I, S. 271, Anm. f.

これに対して、諸ラントの法律の中には、身体、生命および財産(ウオルムス改革法、クラーク・シュニビーゲル)の他、名誉(クラーク・シュニビーゲル)についても規定しているのがある。

(7) Titmann, a. a. O. S. 272 は、武器を持った軍人のように逃亡によって名誉を毀損するおそれがある場合には常に正当防

衛が許されるとする。

- (8) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1801, S. 66.
- (9) ただし、法典第一四〇条は「彼には、彼の自衛をなすを、彼が打たるるまで待ち置くべき責務もなし」と規定する。ただし、緊急状態に置かれた者は攻撃を待つ必要がないと考えられたからであろう (Tittmann, a. a. O. S. 270f.)。
- (10) Keller, a. a. O. S. 7f.
- (11) v. Hippel, a. a. O. S. 202.
- (12) Tittmann, a. a. O. S. 273 f.
- (13) ケラーによれば、当該規定は「多分 fr. 45 §4 D9, 2 に倣っており、この種の規定はドイツ法としてはカロリナ法典に初めて姿をみせたとする (Keller, a. a. O. S. 5f.)」。
- (14) ヒッペルは、その原型を南ドイツ諸法およびウオルムスの改革法典の私法の部にみることができるとするが、イタリア法とは相容れないとする (v. Hippel, a. a. O. S. 202)。
- (15) したがって武器の概念を確定する際にもこれを実質的に考慮し、「一定の権利がそれによって危険に頻せしめられるすべての各道具が武器として通用する。したがって石も武器となりうる」(Tittmann, a. a. O. S. 271)。
- (16) 正当防衛の認められない適法な攻撃の例として同条の挙げているのは、姦通の現行犯の取り押え、逮捕行為と告訴せられた者に対する職権による逮捕である。前者はゲルマン法により古来から承認されてきた行為であるが、姦通現行犯に対する殺害はすでに許されることが明らかにされている。その意味で貞操は殺害を手段とする正当防衛の対象とは考えられず、その反面、右の行為に対する正当防衛は適法な行為とされていたと思われる。
- (17) ただし、正当防衛に伴う第三者の侵害は、刑事免責を受けるが、民事免責は受けない (法典第一四五条)。

(18) v. Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 183.

(61) v. Hippel, a. a. O. S. 253.

四 近代ドイツ刑法

(一) プロイセン一般ラント法

前章でみたように、カロリナ法典は正当防衛の概念および立証方法を非常に詳細に規定したが、この刑法において人を殺すことが正当防衛として許されたのは、生命・身体に対する侵害を免れるために行なわれる場合のみであつた。⁽¹⁾ 名誉や、特に財産の保護のための正当防衛の許容が一般的になつたのは一八世紀末から一九世紀にかけてのことである。それに伴い、これまで殺人に関連して論ぜられるのを常としてきた正当防衛はこの束縛から解放されて、体系の総論の中に自己にふさわしい地位が与えられることとなつた。⁽²⁾ 正当防衛を生命・身体に対する侵害と結合させたとこの各論的地位から、現在における総論的地位に引上げることと与つて力があつたのは、フォイエルバッハの「刑法論」⁽³⁾である。かくて、学説はあらゆる正当防衛を統一形態のもとに一樣に取扱うことになつた。

立法においても、正当防衛は貞操、名誉および財産に対する保護へと拡張し、概念も明確に記述されるようになった。一九世紀に入るとすべての正当な利益を保護するため、正当防衛を刑法総則の中に位置づけるといふ決定的な進展がみられた。この点で画期的な意義を有するのは、正当防衛を私的犯罪 (Privatverbrechen) の冒頭に規定した一七九四年のプロイセン一般ラント法 (das Preussische Allgemeine Landrecht) ⁽⁴⁾である。法は正当防衛が、損害を

発生させても例外的に許される場合の一つとして左のように規定している。

《第五一七条》 各人は、彼ないし彼のものまたは同市民 (Mitbürger) にとって脅威である不法な侵害の急迫な危険を適切な救済手段によって回避する権能を有する。

《第五一八条》 ただし、正当防衛は専横な (eigenmächtig) 暴力に対してのみ、しかも官憲の救助が侮辱 (Beleidigung) を回避し、現状を回復することができない場合にのみこれに対して行なわれる。

《第五一九条》 正当防衛の行使が、脅威となつてゐる害悪 (Uebel) の回避に必要とされる以上に為されることは許されない。

《第五二〇条》 また、損害の回避のために選ばれた手段は、正当防衛によって回避されるべき損害それ自体と釣合がとれていなければならない。

《第五二一条》 攻撃者に生命の危険にかかわる侵害を与えることは、その侮辱に対して被攻撃者の人身 (Person) が他の方法では保護されえない場合にのみ許される。

《第五二二条》 右の所為は、さもないと損害が回復しえなくなる場合に、財産 (Besitz) の防禦のためにも行なわれる。

《第五二三条》 被攻撃者は危険を伴うことなく他者の攻撃を逃れることができる限り、右の生命の危険にかかわる傷害を与える権利を持たない。

《第五二四条》 たとえ正当防衛が可能であるとしても、規定せられた限界を逸脱することによって他者を侵害した

者は、その過剰に対し相当な懲罰を受ける。

プロイセン一般ラント法は、生命・身体に対する侵害ばかりでなく、その他の権利、利益に対する攻撃に対しても正当防衛を容認している点で、従来の法に比して一步前進を示している。しかし、攻撃の態様を「専横な暴力」に限定することによって、その他の攻撃に対して正当防衛が許されないと同時に、およそ暴力の行使によっては犯しえないある種の法益については、正当防衛による保護の範囲外に置かれることになった。ここに、プロイセン一般ラント法の限界が示されると同時に、近代刑法における正当防衛発達史上の過渡期的性格が露呈されている。従来の法律と異なり、正当防衛が殺傷罪の規定から脱け出たものの、刑法総則に規定されることなく、いわば各則の総則ともいふべき位置に規定されたのもそのあらわれであろう。

プロイセン一般ラント法の正当防衛規定は、さらに、その要件が非常に嚴格であることによって特徴づけられる。すなわち、防衛行為の必要性（五一九条）、手段の相当性（五二〇条）の要件とともに、反撃行為が攻撃者の殺傷にわたる場合には当該行為に出たことが唯一の方法であったこと（五二一条、五二二条、五二三条）、つまり補充性が要件とされ、さらに、官憲の救助が可能である場合（五一八条）には正当防衛を行なうことは許されなかった。これは、一つにはプロイセン一般ラント法が啓蒙主義思想の影響下に成立した法典であるとはいえ、未だ絶対主義的な国家万能の思想をぬぐいきれない、まさに啓蒙専制主義的な性格の強い法律であったこと、第二に、⁽³⁾最大多数の最大幸福をもって政治、経済、文化、社会の最高理念とした一八世紀の功利主義思想が法律の背景をなしていたことによると思われる。右の思想の基本的な考え方は、所与事情に適應して可能的最大限の価値利益を保全するために合目的

な手段方法を選ぶというものである。⁽⁶⁾そこにあるのは、各種の私的利益は、国家権力の庇護の下に各人に平等に按配されるべきであって、みだりにその秩序を破壊すべきではないとする国家主義的な法的安定性の理念である。数個の法益または権利が両立しえない関係において対立している場合、国家は可能的最大限に人の生命、身体、自由、名誉、財産等の利益を保全したいという価値意識すなわち利益保全の要求を固執する。所与事情の下において可能的最大価値の保全実現を要望するという原理は、また他の面からみれば、所与事情の下において可能的最少犠牲の手段方法を要望するという立場である。たとえば、不法な侵害に対する反撃行為であっても必要最少限度にとどめるべきだとする思想は右の原理のあらわれである。そこでは、不正に対する正義の理念、正当なる利益としての権利の概念は未だ背後に退いて前面には出て来ていない。正当防衛を消極的に単なる利益の防衛による不罰行為としてではなく、積極的に、正当なる法的に許された行為、すなわち正当防衛権の行使として把握するためには、「権利のための闘争」を高調した一九世紀の法律思想を待たねばならなかった。

(1) 一八一〇年のフランス刑法(三二八条)、それを継受した一八八〇年(明治一三年)のわが旧刊法(三一四条)はこの立場に立ち、生命・身体を保護するための正当防衛のみを認めた。

(2) v. Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 183.

(3) A. R. v. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1801.

(4) v. Hippel, Bd. II, S. 203.

(5) ヒッペルは、たとえフリードリッヒ大王の死後になって完成したとしても、プロイセン一般ラント法は彼の立法者としての生涯にわたる作業の偉大なる結果であり、その欠点も啓蒙思想、したがってまたまさにフリードリッヒ自体の必然的な帰結で

あるとする (v. Hippel, Bd. I, S. 276)°

パールはプロイセン一般ラント法をもって、あらゆる点において、教訓と必要な場合には処罰とによって、犯罪を予防するばかりでなく、国民の健在を高揚することも確信する小心で善意に満ちた警察国家の法典と特徴づけている (L. v. Bar, Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, 1882, S. 161.)°

(6) 竹田直平「違法阻却事由と権利の濫用」甲南法学六卷二号 (昭和四〇年) 二七頁以下参照。

(二) バイエルン刑法

正当防衛は、フォイエルバッハによつてはじめて権原 (Rechtsgrund) に基づく正当行為として刑法総論の中に位置づけられることとなつた。⁽¹⁾ 自己または他人の権利に対する違法な攻撃は防禦権 (das Recht der Verteidigung) を基礎づけ、直接に、その侵害が被攻撃者の固有の権利を保持するために必須の前提となるときは攻撃者のどのような権利をも除去すると論じた。彼は正当防衛を権利侵害 (違法) に対する権利防衛と解し、その際、被攻撃者にはそれ自体一個の権利である正当防衛権が発生し、他方、攻撃者の利益はその権利性を失ひ、法の保護する対象外に駆逐されるとみなした。違法性を権利侵害とみる彼の立場からすれば、正当防衛は被攻撃者の側 (権利行為) から、攻撃者の側 (権利に対する不正な攻撃) からその正当性を獲得したのであった。しかし、フォイエルバッハはすべての権利行使を正当と認めたわけではない。国家契約説をその基礎とする彼の国家観は私権の行使に一定の限界を設け、正当防衛に関しては、国家への私的暴力の譲渡が及び得ぬ場合、すなわち、公権力による保護が不可能である場合にのみその正当性を認めた。⁽²⁾ この見解はまさに、カント哲学の基本的立場から論理的に導かれる帰結、つまり「各

人は、国家が必要な保護を与えるという前提の下においてのみ、自己の自然的自衛権を国家に委ねたのであるから、この前提が欠落する場合には、右の原初的（自然状態の）権利が復活する⁽³⁾という考え方そのものである。これは、まさにフォイエルバッハの根本思想がカント哲学であったことの一つのあらわれといえよう。

法律起草者としてのフォイエルバッハの名を不朽のものとするとともに、その後の刑事立法を支配した一八一三年のバイエルン刑法⁽⁴⁾（Bayerisches Strafgesetzbuch）は、九箇条にわたって正当防衛を規定している。すなわち、第一二五条は正当防衛の要件および効果を規定し、

第一二五条 其の回避のために公権の救助を要請することが不可能であり、あるいは現在の公権の救助が不十分となるような人身（Person）ないし財産に対する違法な暴力行為（Gewalthat）および犯罪的攻撃を各人は自分自身または他力で私的暴力によって回避を企図することが許される。そして、このような適法な防禦で為された攻撃者に対する暴力の行使、傷害ないし殺害は、その際法律上の限界（一二七条）を超えない限り処罰しえない。

とする。次いで、第一二六条は、他人のためにも正当防衛が許されるとし、第一二七条は、防衛行為以外に他に執るべき手段が存した場合には正当防衛は認められないとして、正当防衛にも補充の原則が妥当することを明示している。さらに、第一二八は、たとえ私的防禦の必要性が存するとしても、危険の回避に必要以上な過度の防衛行為、必要以上に危険な防禦手段はとられるべきではないとして、過剰防衛の可罰性を明らかにしている。第一二九条は、どのような種類の不正な侵害に対し正当防衛が許されるかを規定し、

第一二九条 右に定められた限界の範囲内で防禦は認められる。（一）いっさいの強制的な、健康、生命、自由ない

し貞操に対する危険と結びついた人身自体への攻撃に対して、(二)窃盜によって逮捕された者に対して、(三)不動産または動産の毀損ないし毀棄に向けられた犯罪的な暴力の行使に対して、四他人の地所に暴力的に侵入し、押入りまたはその他の許されない方法で入り込もうとする者に対してである。

とする。第一三〇条、第一三一条は、適法な防禦の程度を超えたとしても刑罰を科されない場合を挙げ、第一三二条は、可罰的な過剰防衛の故意責任と過失責任とに触れ、第一三三条は、攻撃が終了した後になされた攻撃者の傷害および殺害は復讐であつて可罰的であると宣言した。

バイエルン刑法は、生命・身体に対する攻撃はもちろんのこと、自由・貞操・名誉・財産等、およそ権利と名のつくすべての法益に対する攻撃に対し正当防衛を認めている。特に財産に関しては、窃盜、器物損壊および住居侵入と具体的にその攻撃態様を明示している。そしてこれに伴い、単に暴力の行使に対してばかりでなく、およそ権利の侵害とみられるあらゆる攻撃に対し正当防衛権の行使を可能とした。ここに、権利概念を中核としたフォイエルバッハの正当防衛論が実定法化されていることは疑問の余地がない。それと同時に、正当防衛権の限界に関して、防衛行為の必要性、殊に補充性および手段の相当性を嚴格に解している点にも、権利の濫用をもって違法と解し、私権の行使を公権の及び得ない範圍に限定せんとするフォイエルバッハの思想が如実に示されている。バイエルン刑法の正当防衛に関する規定を整理するならば第一二五条、一二六条および一二九条は、権利(正当防衛権)の行使としての「適法な正当防衛」に関する規定であり、同法第一二七条、一二八条、一三二条および一三三条は、権利の濫用にわたる「違法な緊急防衛」の規定である。⁽⁵⁾ 正当防衛に関するこのような規定形式は、若干の変更を加えつつも、その後のド

イツの各ラント法に踏襲されていたのであった。一八一四年のオルデンブルグラント刑法典 (Strafgesetzbuch für die Herzoglich=Oldenburgischen Lande) は形式・内容ともバイエルン刑法とまったく同一であり、一八四一年のヘッセン刑法典 (Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen)、ヘッセン刑法典を模したナッサウ刑法典 (Strafgesetzbuch für das Herzogthum Nassau) も、ほぼバイエルン刑法をそのまま踏襲している。これに対して、一八三九年のヴュルテンベルク刑法典 (Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg) は、適法な正当防衛と違法な緊急防衛の規定をおのおの一箇条にまとめ、第三者による正当防衛、正当防衛の通告義務に関する規定と合わせて正当防衛に関する規定は四箇条のみから成っているにすぎない。このような正当防衛規定の包括化、簡素化をさらに一歩進めたのが一八四〇年のブラウンシュヴァイク刑法典 (Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig) およびこれを踏襲したチューリンゲン刑法典 (Strafgesetzbuch für die Thüringischen Staaten) である。両刑法典は、正当防衛および過剰防衛、それぞれ各一箇条の規定を有しているにすぎない。しかしこのような規定形式の変遷は、ただ単に立法技術の発達という表面的な現象にとどまらず、正当防衛に関する要件および制限が緩和されて、その許容される範囲が次第に拡大されていく過程でもあったのである。

- (一) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847, S. 635.
- (二) Feuerbach, a. a. O. S. 64.
- (三) Vgl. C. R. Köstlin, System des deutschen Strafrechts, 1855, S. 75f.
- (四) 以下の各ラント刑法の規定は、Stenglein, Sammlung d. deutsch. Strafgesetzbücher, 1858, による。
- (五) さらに、一三〇条および一三一条は、違法ではあるが責任がないために不可罰である場合の緊急防衛に関する規定であ

る。

(三) プロイセン刑法

一 右に述べた一九世紀刑事法制史における正当防衛規定に関する立法傾向は、一八五一年のプロイセン刑法典 (Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten) に至ってその頂点に達した。すなわち、同法は第四十一条一箇条のみで正当防衛を規定したにすぎず、それまで嚴格に規定されていた正当防衛の制限および過剰防衛に関する規定は存在しないこととなった。ここに、違法な攻撃からあらゆる権利、利益を防衛することを認めた正当防衛概念が成立した。正当防衛を権利の行使としてその許容範囲を大幅に拡大したフォイエルバッハでさえ嚴格に解していた正当防衛の限界を取払ったのは、ほかならぬヘーゲル哲学の影響である。⁽¹⁾

二 「法としての法に加えられた侵害はなるほど積極的な、外的実存ではあるが、しかしこのような実存はそれ自身においては無である。この侵害が外的実存として無であるゆえんを明示するとは、同じく実存に現われて、かの侵害を否定することであるが、——これが法の現実性であり、すなわち法が自己を侵害するものを否定することによって自己を自己と媒介するという、法が持つ必然性である。⁽²⁾」不正を空虚なものとする右の違法観によれば、いかに価値の軽微な利益であっても侵害を受ける限り、反撃によって防衛せらるべきである。防衛すべき利益の種類に制限を設けてはならないと同時に、侵害を予見し得ないことも不必要、侵害を避ける義務もない。ただ防衛が必要の限度を超えてはならないという制限に服するのみである。⁽³⁾

刑法におけるヘーゲル学派は正当防衛を不法の無価値性をあきらかにするためにおこなわれる権利の実現であると

考え、国家によりみとめられた権利の実行であると主張した。正当防衛は、不法に対する権利の闘争として把握された⁽⁴⁾。この学派に属するアベック (Abegg) は、正当防衛の根拠を次のように説明する。⁽⁴⁾ 不法は、通常の法状態 (Rechtszustand) では、法律に訴えて国家およびその救済によって止揚されなければならない。しかし、公の法の保護による救助が不可能な緊急状態では、「緊急は法律を知らない (Not kennt kein Gebot)」との法則が妥当し、かかる事態での自力救済が何らの犯罪をも構成しないことは哲学ならびに実定法によって承認されている。この場合、被攻撃者は国家に代って不法の無価値性を彼の実力によってあきらかにする権限を有する。国家の救済が存しないことによって、固有の防禦権が自己を維持するために権利および義務として発生することになる。

アベックとともに刑法学におけるヘーゲル学派として、その全盛期を代表するのがケストリン⁽⁶⁾ (C.R. Köstlin) である。彼によれば、正当防衛は、侵害を受けた個人のために発生し、不法という絶対的虚無 (der absoluten Nichtig-keit des Unrechts) の原則によって担われ、個人のために国家から派生し、それゆえまた一定の条件とに結びつけられた権利としてあらわれる。すなわち、正当防衛の適法性に対する絶対的な根拠は、法が自らにおいて虚無である不法に対して自己を顕示するという点にあるが、これはヘーゲル哲学だけではなくカント哲学を基礎とする立場にある者の理由づけでもあるとする。ただ異なるのは、後者が国家契約理論をその基礎に置いているのに対し、前者が、正当防衛の行なわれる状況においては、被攻撃者にとって国家は事実上まったく存在せず、緊急状態、すなわち共存の可能性 (Möglichkeit der Koexistenz) が廃棄された状態が現出するという点である。そして、それはそれ自体共存の可能性に基づく法状態の廃棄を含んでいる。しかし、右の命題だけをもってしては、正当防衛は権利としてでは

なく、事実上の實力としての資格を与えられるにすぎない。けだし、法状態の廢棄が前提とされているがゆえに、不法な攻撃者がより大きな物理的力を持っている場合には彼に有利に働くからである。さらに、このような説明によっては、緊急避難と正当防衛という両概念の混同が生じる。かといって、正当防衛の正当化のために不法それ自体の虚無性をただ抽象的に援用するだけでも十分でない。そこでケストリンは、このような表明 (Manifestation) は、特定の場合、すなわち緊急の場合にのみ国家から派生せられた権利としてしか個人に帰属しえないことが、単に抽象的な可能性としてだけではなく、必然的なものであるとして示されるべきであるという。

右のような見解に従えば、正当防衛はその絶対的根拠、すなわち不法それ自体の虚無性を刑罰と共有することになるが、同時に次の点で刑罰とは本来的に区別される。すなわち、正当防衛は、個人を機関とし、最初に威嚇する者に對する防禦としての性格から、際限のない不法を對等な価値の原則に結びつけることはできず、その限界は他の点から画されねばならない。刑罰が犯罪の質量との均衡を要請されるのに対し、正当防衛は、必ずしも不法な攻撃との比較衡量を要求されないというのである。ここに、正当防衛とは、攻撃が切迫しており、具体的な場合に国家によって回避不可能な不法に對し、個人に自己自身または第三者の保護のために許された防禦權であると定義された。正当防衛の正当化根拠として、刑罰との比較から「急迫性」の要件が強調されている点に注意すべきである。

三 前記ブロイセン刑法第四一条はまさにヘーゲル学派の影響のもとに出来上った。

≪第四一条≫ 所為が正当防衛によって必要とされるなら、重罪ないし輕罪は存在しない。正当防衛とは、現在の違法な攻撃から自己自身または他人を防禦するために必要とされる防禦である。行為者が單に狼狽、恐怖ないし驚愕

のあまり防禦の限界を超えた場合にも同じく正当防衛とみなさるべきである。

ここに現在性の要件は非常にゆるやかに解されており、攻撃が違法なものである限り、すでに侵害が発生していることはもちろん必要でなく、脅威にさらされた者が正当防衛に出ないと侵害が必ず生ずるであろうという根拠のある確信で十分であるとされる。⁽⁸⁾ また、正当防衛の目的は「攻撃から自己自身または他人を防衛する」ことであるが、この表現は威嚇せられた権利に関する制限を含まない。それが回復不能であるか否か、人にかかわるものかあるいは財産に関するものであるかは問わない。⁽⁹⁾ 必要な防衛であれば、重大な利益に反撃を加えてまで軽小な利益を防衛することも許される。

また正当防衛は復讐でもなく、損害の転嫁でもなく、正の擁護のために不正を排撃することである。緊急避難では正に他の正が対立し、正当防衛では不正が対立する。緊急避難ではより小さい正を犠牲にして維持されようとするより高い正、特に生命が存する。正当防衛では攻撃する不正に対して自己の地位を主張する攻撃された正が存する。正は不正に譲歩する必要はない。不正が正を否定せんとするなら、正はこれに対して活動的に (energisch) 自己主張することができる。⁽¹⁰⁾ さらに、防衛が官憲によっても行なわれえたとか、危険から逃がれることによって攻撃を免れえたかということはどちらでもよい。⁽¹¹⁾ 従来、正当防衛の特別の要件として挙げられてきた、差し迫っている危険が官憲の救助を求めることによって回避しえないことというのは、それが現在の危険という条件の中にすでに含まれてい
る限りは正しいが、もし独立した第三の要件として挙げるとするなら、それは裁判官を誤った判断に導くであろうと
する。他の手段をとればとり得る場合にあって防衛行為に出ることも正当防衛から除外せられるべきではない。防衛⁽¹²⁾

行為は唯一の救済手段であることを必要しないとする思想は一九世紀中葉において高潮に達した権利思想を背景としてはじめてこれをよく理解することができるとは。

四 ヘーゲル哲学の影響を強く受けたとされるイエーリング (R. v. Jhering) は、「権利は法律上保護された利益である⁽¹³⁾」という定義から出発して、「権利は人格の精神的生存条件であり、権利の主張は人格自身の精神的自己保存である⁽¹⁴⁾」という見地にまで上り、最後に共同体の利益における権利觀念の実現に対する個人の協力という見地に達したのである。⁽¹⁵⁾ すなわち「人格そのものに戦いを挑む卑劣な不法、換言すれば、これを企てる態度のうちに権利の蔑視、人格的侮辱の性質を帯びているような権利の侵害に対する抵抗は義務である。それは権利者の自分自身に対する義務である——なぜなら、それは法が実現されるのに必要であるから⁽¹⁶⁾」という。ここに、権利侵害の行為に対する権利防衛の義務が、まず権利と権利者の人格との関係から、次に法律と権利との相関性から説かれている。

第一に、「権利のための闘争は権利者の自分自身に対する義務である⁽¹⁷⁾」。「権利は人格の精神的生存条件であり、権利の主張は人格自身の精神的自己保存である⁽¹⁸⁾」。したがって、権利の侵害は単なる利益の侵害ではなく、権利者に対する侮蔑すなわちその人格の毀傷である。それゆえ権利の侵害に対して抗争することはすなわち人格の主張であり、「あらゆる権利者は自分の権利において自分の倫理的生存条件を防衛⁽¹⁹⁾」しなければならぬ。たとえば窃盗や強盗の行為はひとり他者の物に対する攻撃を含むばかりでなく、同時にまた他者の人格に対する攻撃を含んでいるがゆえに、被攻撃者はその所有権において自分自身を、自分の人格を防衛するのである。⁽²⁰⁾

第二に、「權利の主張は社会公共に対する義務である」。⁽²¹⁾「權利は一面にその生命を法規から受取ると同様に他面において法規にその受取ったものを返し与える」。⁽²²⁾したがって、權利の侵害に際してはひとり權利主体の利益が問題となるばかりでなく、法規そのものもまた蔑視され、蹂躪されるのである。それゆえ權利のための闘争は同時に法規のための闘争であり、權利防衛は社会公共に対する義務ともなる。「私の權利において權利一般が侵害されまた否定されたのであり、それが防衛され、主張されまた再び回復されるのである」。⁽²³⁾右のような權利論に立脚するイエーリングの正当防衛論が⁽²⁴⁾いかなるものであるかは自明であらう。一般人は違法侵害を逃避してはならない。これと戦うことは權利であると同時に義務である。逃げ得る限りは逃げよとか、官憲の援助を求め得る限りは自救行為を控えるがよいなどは、人道主義者の説教である。断じて国家の法律ではないと。⁽²⁵⁾

このような權利の絶対性の思想に裏打ちされたプロイセン刑法の正当防衛規定は、ほぼそのままの形で一八七〇年の北ドイツ連邦刑法を経て、一八七一年の現行ドイツ刑法へと受け継がれてゆくのである。

- (1) 滝川、前掲九一頁以下参照。
- (2) G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss*, 1821, 高峯一愚訳「法の哲学——上——」一五六頁。
- (3) 滝川、前掲九一頁以下参照。
- (4) C. R. Köstlin, *System des Deutschen Strafrechts*, Bd. I, 1855, S. 75.
- (5) Abegg, *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, 1836, S. 166ff.
- (6) 斉藤金作「ヘーゲル学派の刑罰理論」共犯判例と共犯立法(昭和三四年)所収、二四八頁以下参照。

- (7) C. R. Köstlin, a. a. O. S. 75ff.
 (8) G. Beseler, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten und das Einführung vom 14. April. 1851. S. 188ff.

- (9) G. Beseler, a. a. O. S. 188.
 (10) A. F. Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1863, S. 137f.
 (11) G. Beseler, a. a. O. S. 189.
 (12) A. F. Berner, a. a. O. S. 139.
 (13) R. v. Jhering, Geist des römischen Rechts, Bd. IV, 5 Aufl., S. 339.
 (14) R. v. Jhering, Der Kampf ums Recht, 11. Aufl., S. 42. 日沖憲郎訳「權利のたがひの闘争」(昭和四二年)六四頁。
 (15) R. v. Jhering, a. a. O. S. 53. 日沖訳七五頁。峯村光郎「近代法思想史」(昭和四二年)七四頁参照。
 (16) R. v. Jhering, a. a. O. S. 19f. 日沖訳四四頁。
 (17) R. v. Jhering, a. a. O. S. 20. 日沖訳四四頁。
 (18) R. v. Jhesing, a. a. O. S. 42. 日沖訳六四頁。
 (19) R. v. Jhering, a. a. O. S. 31. 日沖訳五四頁。
 (20) R. v. Jhering, a. a. O. S. 21f. 日沖訳四六頁。
 (21) R. v. Jhering, a. a. O. S. 46. 日沖訳六八頁。
 (22) R. v. Jhering, a. a. O. S. 48. 日沖訳七〇頁。
 (23) R. v. Jhering, a. a. O. S. 53. 日沖訳七五頁。

(27) R. v. Jhering, a a. O. S. 92f. 日沖訳一〇頁以下。

(25) 滝川、前掲九三頁参照。

あとがき

以上、ドイツを中心として古代より近代にいたる主な法典にあらわれた正当防衛規定を、違法阻却原理の観点から歴史的に跡づけてきたのであるが、これを要約するにあたって一応ローマ法と古代ゲルマン法以降のドイツ法とに分ってみるのが便宜であろう。

ローマ法における正当防衛の正当化根拠としては、正当な利益保護、優越的利益保護、国家目的に適った方法による利益保護といった近代刑法を貫流する諸原理を無視することはできないが、その主たる理念はこれを人間の本性ないし自然法の中に求めていたとみるべきであろう。ローマ人にとって、正当防衛は天賦人權（自然権）に基づく正当行為であったのである。

ドイツ法における正当防衛規定の変遷は、カロリナ法典を頂点として、同法の影響の及んだ一八世紀中葉までとそれ以後とに大きく二つに分けられる。その実体を簡潔に表現するなら、その方向は必ずしも同一線上にあるとはいえないが、近代刑法が成立するまでの正当防衛は、その概念の内包を次第に豊富にすることによって、その外延を狭めていったのに対し、啓蒙時代以後は、逆に、内包を縮小することによって、その外延を広げていった歴史を持っているといえよう。すなわち、カロリナ法典の成立にいたるまでは、復讐の一形態である現行犯殺害からスタートした正

当防衛は、その中から攻撃的なものを排除することによって「防衛」行為としての形態を確立し、さらに、防衛行為の必要性、相当性あるいは利益の比較衡量といった要件を加味して、その成立する範囲を狭めていった。しかし、近代ヨーロッパの啓蒙思想、権利思想の発展、高揚とともに、ふたたび正当防衛はその許容される範囲を拡大し、一九世紀の刑法学説、刑事立法においてはついに刑法総則の中に自己のふさわしい地位を占めるにいたったのである。つまり、現行犯殺害にその萌芽を持つという沿革的理由により、生命・身体に対する攻撃からの防禦のみが認められていた正当防衛は、防衛行為の正当性、権利性が明確に意識されるに及び、あらゆる利益、権利に対する防禦が許されることとなった。また、右と同様の理由から、補充の原則、利益の均衡といった要件は緩和され、防衛の範囲内にとどまる限り、正当防衛の成立する余地は再び拡張されることになった。

右にみたように、正当防衛の概念、違法性が阻却される範囲は、要件として何を考慮するかにより大いに異なるものがあるが、その十全な理解のためには窮極において、その要件を定立せしめている基本原理をどのように把握すべきかという政策的かつ哲学的考察にまで遡らなければならない。そこで、次稿以下においては、現代における各国の正当防衛規定を比較法的に考察し、本稿と合わせて正当防衛における違法阻却原理を究明することによって、正当防衛が適法行為として違法性が阻却される要件、範囲などについて明らかにしていきたいと考えている。